

Aspectos Pontuais da Guarda Compartilhada

Francisco Messias Neto

Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Professor substituto da Universidade Federal Fluminense - UFF.

“...Assim fica claro que, apesar dos perigos e dos dramas que atormentam o nosso mundo, o direito ainda pode, no campo prático em que reside a honra do homem, conceder um lugar à esperança”¹.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o propósito de refletir e traçar as principais alterações de ordem prática introduzidas pela Lei nº. 11.698, de 13 de junho de 2008, que deu nova redação aos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, disciplinando a guarda unilateral e a compartilhada.

Oportuno registrar que esta nova legislação não inovou a respeito da guarda compartilhada, pois diversos Tribunais Estaduais e o próprio Superior Tribunal de Justiça já a sufragavam em suas decisões.

Nesta perspectiva, pretendemos discorrer sobre a guarda compartilhada e sobre alguns institutos conexos, tais como: guarda alternada (ou pendular); responsabilidade dos pais pelos danos causados por seus filhos menores; alimentos; visitação; direito de fixar residência; requisitos para a concessão da guarda compartilhada; divisão de responsabilidade dos pais; foro competente para

¹ Simone Goyard-Fabre. *Filosofia crítica e razão jurídica*. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2006.

dirimir conflitos entre pais e filhos sob guarda compartilhada, e as medidas para se efetivar o cumprimento do pactuado na guarda compartilhada.

2. DO PODER FAMILIAR E SEU CONCEITO

É o poder familiar, denominação adotada pelo atual Código Civil para o antigo pátrio poder, tratado no Código Civil de 1916, que confere aos pais, dentre outros, o direito de ter os seus filhos em sua companhia e guarda, e de reclamá-los de quem ilegalmente os detenha², daí a necessidade de se oferecer o seu conceito.

O poder familiar não foi trazido ao Direito brasileiro como aquele poder despótico concebido no Direito Romano³, que representava uma sujeição dos filhos em relação ao domínio paterno - voltado ao exercício de poder dos pais sobre os filhos - muito embora estivesse presente no Código Civil de 1916 uma visão bastante discriminatória, uma vez que a mãe não podia atuar da mesma forma que o pai na educação, cuidados e escolhas em geral para com os filhos do casal, tendo em vista que o exercício do referido poder era desigual⁴. Assim era, a título de exemplo, no que se refere à emancipação dos filhos⁵, à chefia da sociedade conjugal⁶ e à autorização para o casamento⁷.

A Constituição de 1988, no entanto, alargou o conceito de família⁸ e passou a proteger de forma igualitária todos os seus

² Art. 1.634, II e VI, do Código Civil.

³ “O *patria potestas* dos romanos antigos era muito extenso, ao início, pois abrangia o poder de vida ou morte, mas gradativamente restringiu-se, como se vê em antigo aforismo, enunciando que o pátrio poder deve ser exercido com afeição e não com atrocidade” - *Patria potestas in pietate debet, non in atrocitate, consistere*. Paulo Luiz Netto Lobo. **DO PODER FAMILIAR: Direito de Família e o Novo Código Civil**, p. 155. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

⁴ Rosana Barbosa Cipriano Simão. “Abuso de direito no exercício do poder familiar”, in **Guarda Compartilhada. Aspectos Psicológicos e Jurídicos**, p. 38-39. Ed. Equilíbrio.

⁵ Parágrafo 1º, I do art. 9º do Código Civil de 1916.

⁶ Art. 233 do Código Civil de 1916.

⁷ Art. 186 do Código Civil de 1916.

⁸ Vale transcrever, sobre este ponto, a síntese que se segue: “Os princípios da igualdade e da liberdade, segundo os ditames constitucionais, emolduram as relações familiares. Os laços de solidariedade entre pais e filhos são fortalecidos pelo legislador, que consolida

membros, sejam os partícipes dessa união como também os seus descendentes⁹.

A família, portanto, deixa de ser vista como mera instituição jurídica e assume feição de instrumento para a promoção da personalidade humana, mais atual e afinada com o tom constitucional da dignidade da pessoa humana¹⁰, tornando-se um lugar privilegiado, o ninho afetivo, onde a pessoa nasce inserida e no qual modelará e desenvolverá a sua personalidade e as suas potencialidades, na busca de sua felicidade, que é o seu verdadeiro objetivo.

Ainda, a inclusão do poder familiar no texto constitucional, a partir de 1988, no *caput* do art. 229, o elevou à natureza de direito e dever fundamental, conforme preconizado por Canotilho e Jorge Miranda¹¹, citados pela juíza alagoana Ana Florinda Dantas¹², que assevera que “em decorrência dos valores jurídicos que visa regular, a sua evolução levou à necessidade de que lhe fosse dado um novo enquadramento como categoria jurídica, sendo a mais atual aquela que o inclui no rol dos direitos subjetivos”.

E, por sua vez, no *caput* do art. 227 da Constituição brasileira outorgou-se à criança e ao adolescente o direito à dignidade, já presente como princípio fundamental no art. 1º, inciso III, e, como

os deveres dos pais em relação aos filhos e destes em relação aos seus pais. Essa relação, antes baseada no temor da autoridade paternal, transformou-se em respeito mútuo, em co-participação. A família não é mais constituída por um chefe com poderes indiscutíveis, mas sim por membros que possuem direitos e deveres”. Conrado Paulino da Rosa. *In* artigo: “Responsabilidade dos pais pelos danos causados por seus filhos menores: A aplicabilidade da jurisprudência argentina no direito brasileiro”. *Revista de Direito do TJ-RJ*. Nº. 68, p. 56. Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2006.

⁹ Essa mudança de paradigma foi de tamanha importância que mereceu por parte Euclides de Oliveira e Giselda Maria Fernandes Novaes ser chamada de revolucionária. Euclides de Oliveira e Giselda Maria Fernandes. *Do Direito de Família: Direito de Família e o Novo Código Civil*, p. 3. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

¹⁰ Rodrigo da Cunha Pereira. Apresentação, *in* *Temas Atuais de Direito e Processo de Família*, Primeira Série, p. IX. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

¹¹ J.J. Gomes Canotilho. *Constituição da República portuguesa anotada*, p. 231. No mesmo sentido, Jorge Miranda. “Sobre o poder parental”, *in* *Revista de direito e estudos sociais*, ano 32, jan./dez/1990, p. 55-56.

¹² Ana Florinda Dantas. *O Controle Judicial do Poder Familiar quanto à Pessoa do Filho: Temas Atuais de Direito e Processo de Família*, Primeira Série, p. 114. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

diz Paulo Luiz Lobo¹³, um “*conjunto mínimo de deveres cometidos à família, a fortiori ao poder familiar, em benefício do filho*” menor, como o direito à vida, à saúde, educação, alimentação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária e à proteção contra a negligência, violência, discriminação, crueldade e opressão.

Em síntese, o poder familiar dos pais é um direito, (poder)-dever que constitui um ônus que a sociedade organizada a eles atribui¹⁴, de forma conjunta e em igualdade de condições pelo pai e pela mãe, em razão da circunstância da parentalidade, no interesse dos filhos e também no próprio interesse dos genitores; estar presente no desenvolvimento da pessoa do filho corresponde também às necessidades psicológicas dos pais de compartilharem da personalização, crescimento e o desenvolvimento de seus filhos, formando-os e fortalecendo-os para a sociedade e para a vida, atuando, pois, diretamente em sua educação, criação e proteção, como forma de realização pessoal no papel de pai ou mãe¹⁵.

¹³ Paulo Luiz Netto Lobo. *Direito de Família e o Novo Código Civil: Do poder familiar*, p. 156. Belo Horizonte: Del Rey. 2002.

¹⁴ Oportuna a preciosa digressão que se segue: “... a proteção dos direitos infanto-juvenis, os quais não se limitam à guarda, sustento e educação, inerentes ao exercício do poder familiar (antigo pátrio poder), na forma prevista no Código Civil. Assim, o dever-poder dos pais, de forma concorrente com o Estado e a sociedade, inclui, além daqueles, a garantia de direitos outros, dentre eles, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar, além de colocá-los “a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Não bastaria a Constituição e a lei preverem a garantia de tais direitos, impondo a proteção integral também aos pais, sem que autorizassem, em consequência, a devida punição dos mesmos pela infringência de tais normas. A evolução social e científica, ao reconhecer que as necessidades do homem vão além das materiais e físicas, incluindo as emocionais e psíquicas, refletiu no ordenamento jurídico pátrio, que passou a contemplar normas que protegem os direitos extrapatrimoniais e, consequentemente, as que punem a infringência dos mesmos. Assim, não se pode limitar a aplicação do art. 159 do Código Civil/1916, que tem no art. 186, correspondente no novo Código Civil/02, a inclusão do dano moral no rol dos atos ilícitos, passíveis de indenização. Com fulcro em tais fundamentos, este colegiado se filia à corrente que entende possível a condenação dos genitores por danos morais causados a filho (os), quando devidamente comprovados em cada caso concreto, trazido ao exame do Judiciário”. *Apelação Cível nº 62.576/2006*. Des. Cláudio de Mello Tavares - Presidente e Relator. *Revista de Direito do TJ-RJ*. Nº 74, p. 229/236. Rio de Janeiro: Ed. Espaço Jurídico, 2008.

¹⁵ Silvana Maria Carbonera. *Guarda de Filhos - Na família Constitucionalizada*, p. 64. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000.

3. DA GUARDA - CONCEITO

Em excelente obra, Silvana Maria Carbonera define guarda, na perspectiva do Direito de Família, como um *“instituto jurídico através do qual se atribui a uma pessoa, o guardião, um complexo de direitos e deveres, a serem exercidos com o objetivo de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de outra que dele necessite, colocada sob sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial”*¹⁶.

A própria autora ressalva, no entanto, que se trata de um esboço do conteúdo da guarda e, por isso, não seria uma definição perfeita e acabada.

*A guarda legal*¹⁷ *é inerente ao poder familiar, pois é justamente este poder que confere aos pais o direito de ter os seus filhos em sua companhia e guarda, e de reclamá-los de quem ilegalmente os detenha*¹⁸, o que explica a razão de seu conceito se confundir com a própria definição do poder familiar¹⁹.

O poder familiar, portanto, é um antecedente lógico e necessário ao exercício ou concessão da guarda do filho aos pais, pois, para que estes a exerçam necessitam estar no seu exercício pleno²⁰.

4. DA GUARDA - NATUREZA JURÍDICA

A guarda é “simultaneamente um direito e um dever dos pais”, conforme ensinamento de Orlando Gomes²¹, pois cabe ao guardião, que é quem exerce a guarda, “o direito de estabelecer

¹⁶ Silvana Maria Carbonera. Obra citada, p. 47-48.

¹⁷ A guarda legal sendo “compreendida como a modalidade decorrente da relação paterno-filial e exercida pelos pais sem a necessidade de intervenção judicial.” Silvana Maria Carbonera. Obra citada, p. 77.

¹⁸ Art. 1.634, II e VI, do Código Civil.

¹⁹ A este respeito, Marco Aurélio S. Viana assinala que: “A guarda não é da essência, mas da natureza do pátrio poder, podendo ser confiada a terceiro. É direito que admite desmembramento, é destacável, sendo possível que convivam pátrio poder e direito de guarda, aquele com os pais, este com terceiro”. Marco Aurélio S. Viana. *De Guarda, da Tutela e da Adoção*, p. 28. Belo Horizonte: Del Rey, 1991.

²⁰ Arts. 1.583, 1.584 e 1.634, II, todos do Código Civil.

²¹ Orlando Gomes. *Direito de família*, p. 395. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

o domicílio legal de seu filho, de permitir que permaneça com terceira pessoa, de orientar e impor comportamento, de restringir as relações sociais, de obrigar à formação escolar e profissional”, bem como “o dever de desenvolver o espírito e as atitudes sadias da criança e do adolescente, incutindo no espírito o sentido do bem, do justo e de perspectivas de se tornar um elemento útil à sociedade”²².

De acordo com a lição de Silvio Rodrigues, a guarda é tanto um dever como um direito dos pais: dever, pois cabe aos pais criarem e guardarem o filho, sob pena de abandono; direito, no sentido de ser indispensável a guarda para que possa ser exercida a vigilância, eis que o genitor é civilmente responsável pelos atos do filho²³.

5. DA GUARDA UNILATERAL, COMPARTILHADA E ALTERNADA

a) Guarda Unilateral

A guarda unilateral²⁴ é atribuída a um só dos genitores²⁵ ou a alguém que o substitua^{26/27}, e que revele, nos termos do pará-

²² Arnaldo Rizzardo. *Direito de família*, p. 565. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

²³ Silvio Rodrigues. *Direito Civil: Direito de família*, p. 344. São Paulo: Saraiva, 1995.

²⁴ Art. 1.583 do Código Civil. A guarda será unilateral ou compartilhada.

Parágrafo 1º: Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (parágrafo 5º do art. 1.584 do Código Civil) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

²⁵ Cumpre, por oportuno, uma vez mais com Ana Florinda Dantas, *in* obra citada, p. 130-131, aduzir: “Questiona-se se, diante da igualdade de direitos entre o homem e a mulher, se há ainda em favor da mãe prioridade quanto à guarda do filho, quando não há coabitação entre os pais, preferência que era assegurada pelo Decreto-lei nº 3.200/41 e pela Lei do Divórcio. Após a Constituição de 1988, contudo, essas regras foram revogadas, e hoje o único critério a ser observado é o das melhores condições para o exercício da guarda, independente do sexo do guardião, e inclusive a guarda pode ser atribuída a ambos, de forma compartilhada. A exceção se prende, pelo inegável fator biológico da maternidade, à hipótese do neonato, quando lhe é assegurada a permanência junto à mãe, mas, a partir do momento em que tais condições não subsistam, entendemos que os critérios de decisão devem ser aqueles anteriormente comentados, e, uma vez verificado que junto ao pai o seu interesse será melhor atendido, não encontramos mais nenhum fundamento legal ou moral para manter a guarda do filho menor com a mãe, contrariando todos ou outros fatores que devem ter prioridade nesse tipo de decisão”.

²⁶ Parágrafo 1º do art. 1.583 do Código Civil.

²⁷ Parágrafo 5º do art. 1.584 do Código Civil: esclarece em que circunstâncias a guarda pode ser estabelecida em favor de uma terceira pessoa.

grafo 2º do art. 1.583 do Código Civil, melhores condições²⁸ para exercê-la.

Os poderes do genitor guardião em relação aos filhos seriam desiguais em comparação com os poderes do genitor não guardião, pois o exercício dos poderes²⁹ deste seria restrito³⁰.

O genitor não guardião sofreria, portanto, uma redução nas atribuições que originariamente tinha quando do exercício conjunto da guarda.

Fato é que o legislador não foi claro quanto aos limites de atuação do genitor não guardião. A ele restaria, em princípio, o direito de visitar, ter a companhia e fiscalizar a educação e manutenção dos filhos³¹. Agora, conforme a redação do parágrafo 3º do art. 1.583 do Código Civil, tem também a *obrigação de supervisionar* os interesses dos filhos, muito embora lhe seja facultado o direito de recorrer ao Judiciário sempre que entender necessário questionar a forma da condução do cuidado e educação dirigidos ao filho por parte do genitor guardião.

Ao interpretar o parágrafo 3º do art. 1.583 e o art. 1.589, ambos do Código Civil, concluímos que o genitor não guardião continua com o direito - e não dever - de visitar o filho e com a obrigação de supervisionar os seus interesses, inclusive a sua educação e manutenção^{32/33}.

²⁸ Deve-se entender por *melhores condições* aquelas que atedem ao *melhor interesse da criança e do adolescente*, e não, evidentemente, as econômicas e financeiras. Vide nota de rodapé, nº 53.

²⁹ Art. 1.634 do Código Civil.

³⁰ Ronaldo Álvaro Lopes Martins discorda, consoante nota de rodapé nº 47.

³¹ Art. 1.589 do Código Civil

³² O genitor não guardião continuaria, a meu ver, sem o dever de visitar e ter em sua companhia os filhos, nos termos do art. 1.589 do Código Civil; no entanto estaria agora, por força do parágrafo 3º, do art. 1.583, obrigado, sob pena, do ponto de vista penal, a responder por crime comissivo por omissão, desde que, evidentemente, tome conhecimento de condutas que caracterizem maus tratos ou outros delitos de maior gravidade perpetrados pelo genitor guardião, e nada faça para impedi-los. A parte final do art. 1.589 do Código Civil, portanto, teria sido revogada pelo parágrafo 3º, do art. 1.583, do Código Civil.

³³ Em pedido de indenização por danos morais formulado pelo filho em desfavor de seu genitor, em razão de este não lhe prestar assistência psíquica e moral, evitando-lhe o contato, apesar de cumprir a obrigação alimentar, o STJ entendeu que escapa ao Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, e que nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada. Recurso Especial, nº 757.4111 - MG

Cabe ao genitor guardião exercer os poderes elencados no art. 1.634 do Código Civil, e, segundo Orlando Gomes³⁴ e jurisprudência, a escolha do domicílio e residência do filho. Este direito não tem caráter absoluto, uma vez que está condicionado aos superiores interesses do filho.

Desta forma, realmente haveria uma desigualdade, pelo menos em alguns aspectos, de poderes entre o genitor guardião e não guardião.

b) Guarda conjunta ou compartilhada

Nesta modalidade de guarda, há igualdade nos poderes³⁵ (similitude de deveres e direitos)³⁶ exercidos pelos pais em relação aos filhos. Os genitores compartilham as obrigações pelas decisões importantes relativas ao filho. Pai e mãe, portanto, seriam referências, muito embora morem em casas separadas, e até mesmo em localidades diferentes.

“Seu conteúdo transcende a questão da localização espacial do filho, pois onde ele irá ficar é somente um dos aspectos. A guarda compartilhada implica em outros aspectos igualmente relevantes. São os cuidados diretos com os filhos, o acompanhamento escolar, o crescimento, a formação da personalidade, bem como a responsabilidade conjunta”³⁷.

O filho, contudo, continua a residir somente com um dos pais, cabendo ao genitor não guardião o direito de visita (art. 1.589 do Código Civil).

A guarda compartilhada, consoante dispõe o parágrafo 2º do art. 1.584 do Código Civil³⁸ seria, agora, a regra, vez que sempre que não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho esta, sempre que possível, será aplicada.

(2005/0085464-3), Relator: Min. Fernando Gonçalves, data do Julgamento: 29 de novembro de 2005.

³⁴ Orlando Gomes. Obra citada, p. 395.

³⁵ Parágrafo 1º do art. 1.583, do Código Civil.

³⁶ Parágrafo 1º do art. 1.584 do Código Civil.

³⁷ Silvana Maria Carbonera. Obra citada, p. 150.

³⁸ Parágrafo 2º do art. 1.584, do Código Civil: “Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”.

A expressão *sempre que possível* significa que o juiz verificará o melhor interesse e necessidade do filho, ou seja, que a referida guarda não prejudique o seu desenvolvimento. Aliás, o inciso II do mencionado artigo já reforça esta idéia ao aduzir que o julgador verificará as *necessidades específicas do filho*³⁹. Vale reafirmar - para ratificar - que em direito de família cada caso é um caso e exige uma decisão baseada em dados e informações concretas⁴⁰.

A definição da guarda compartilhada, portanto, *não* deve ter em conta a conveniência dos pais, mas os superiores interesses dos filhos.

Esta forma de guarda é possível se existir entre os genitores uma relação marcada pela harmonia⁴¹, vale dizer, se os pais concordarem com esta modalidade de guarda, bem como com o modo pelo qual ela será implementada⁴². A sua adoção não pode prejudicar o desenvolvimento dos filhos. Tal modelo de guarda não deve ser tomado como regra geral, mas partir do exame do caso concreto.

Oportuno o julgado trazido do TJERJ:

“Medida cautelar postulada pelo genitor, convertida em ação ordinária de posse e guarda. Sentença de improcedência. Apelação pleiteando a modificação da guarda ou seu

³⁹Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: I [...] II - decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

⁴⁰ Neste sentido, mais uma lição de Silvana Maria Carbonera: “A criação de fórmulas prontas para solução de litígios é incompatível com o principal princípio orientador do direito de família: a dignidade da pessoa humana, valorizada dentro de uma perspectiva de repersonalização das relações de família”. Silvana Maria Carbonera, *in ob. citada*, p. 151.

⁴¹ Leila Maria Torraca de Brito, psicóloga e professora adjunta do Instituto de Psicologia da UERJ, em participação, juntamente com este subscritor, na apresentação do Projeto “Palco Acadêmico”, na EMERJ, VIII Núcleo - Niterói - RJ, debatendo o tema Guarda Compartilhada, aos 29 de agosto de 2008, tem posição diferente, por entender que a guarda compartilhada deve ser aplicada mesmo não havendo acordo ou harmonia entre os pais, como “instrumento de engenharia social”.

⁴² “A ausência de litígio diz respeito ao estabelecimento da guarda, o que não obsta a existência de litígio sobre a divisão patrimonial ou estabelecimento de alimentos para o cônjuge. Ao julgador cabe tomar providências para que os filhos não sejam usados para atingir os objetivos dos pais”. Silvana Maria Carbonera. *In nota de rodapé de obra citada*, p. 151.

compartilhamento. Impossibilidade. A definição da guarda não deve ter em conta a conveniência dos pais, mas o interesse da criança. A prova carreada aos autos em nada desautoriza a outorga da guarda à genitora. A adoção do sistema de guarda compartilhada só é recomendável se existir entre os genitores um relação marcada pela harmonia, onde não existam disputas nem conflitos. O equilíbrio na relação entre as partes é requisito indispensável para a concessão desse modelo de guarda, sob pena de ser, ao contrário do esperado, prejudicial ao infante. Apelação a que se nega provimento. Provimento do recurso adesivo para fixação dos honorários advocatícios em R\$3.000,00 (três mil reais)”. (TJERJ. Apelação cível - nº 2007.001.18864, Des. Agostinho Teixeira de Almeida Filho - julgamento: 11/09/2007 - 16ª Câmara Cível).

c) Guarda alternada ou pendular

Fica estabelecido que o filho irá conviver um determinado período com o pai e outro com a mãe. O filho, na prática, terá duas casas e dois núcleos familiares.

Antes da entrada em vigor da lei em estudo⁴³, os Tribunais já consagravam a guarda compartilhada e a alternada, não obstante alguma resistência a esta última por se entender que não seria benéfica ao interesse do filho.

A ausência de texto expresso de lei não era óbice à adoção das referidas guardas, pois, conforme é sabido, o nosso ordenamento jurídico não exige que haja previsão legal, em abstrato, do pedido, bastando que não haja a proibição do provimento desejado⁴⁴.

⁴³ Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008.

⁴⁴ “A possibilidade jurídica do pedido não é simplesmente a ‘previsão, *in abstracto*, no ordenamento jurídico, da pretensão formulada pela parte’, pois, com bem explica Moniz de Aragão: ‘A possibilidade jurídica, portanto, não deve ser conceituada, como se tem feito, com vistas à existência de uma previsão no ordenamento jurídico, que torne o pedido viável em tese, mas, isto sim, com vistas à inexistência, no ordenamento jurídico, de uma previsão que o torne inviável’” (Fredie Didier Jr.. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do processo*, p. 178. Bahia: EDIÇÕES PODIVM, 2006).

Hoje, no entanto, o codificador definiu os tipos de guarda aceitos pelo nosso ordenamento jurídico, e não contemplou a guarda unilateral. Assim, entendo que a partir da entrada em vigor da lei só é permitida a adoção da guarda unilateral ou compartilhada (conjunta), não sendo mais possível a adoção da guarda alternada (pendular), por falta de uma das condições para o regular exercício do direito de ação, no caso, a possibilidade jurídica do pedido.

6. RESPONSABILIDADE DOS PAIS PELOS DANOS CAUSADOS POR SEUS FILHOS MENORES

Em excelente artigo, Ronaldo Alvaro Lopes Martins⁴⁵ aduz, sobre o tema, que, “como consequência do exercício do poder familiar, em razão da autoridade concedida aos pais sobre a pessoa dos filhos, têm aqueles o dever de vigiar a conduta dos menores sob sua autoridade, sendo responsabilizado por eventuais danos produzidos pelo filho contra terceiros”.

Esclarece, ainda, que o fato de os filhos estarem sob a autoridade e na companhia de um dos pais não isenta o outro de responsabilidade.

Ou seja, basta o fato de os pais exercerem autoridade (poder familiar) sobre o filho menor para que a responsabilidade de indenizar o dano por ele provocado incida sobre ambos os genitores, mesmo que estes estejam separados e um deles exerça a guarda unilateral, pois mesmo separados os pais continuam a exercer autoridade (poder familiar) sobre os filhos menores^{46/47/48}.

⁴⁵ Ronaldo Álvaro Lopes Martins, in *Revista de Direito do TJ-RJ*. Nº 65, p. 83. Rio de Janeiro: Ed. Espaço Jurídico, 2005.

⁴⁶ Art. 1.632 e 1.636, parágrafo único do Código Civil.

⁴⁷ A propósito comenta Ronaldo Álvaro Lopes Martins, in artigo citado, p. 97: “Por essa razão, nos parece bizantina qualquer proposta de introdução, em nosso sistema jurídico, do conceito de guarda compartilhada para que os pais possam decidir de comum acordo os interesses dos filhos, o que só se justifica naqueles sistemas em que o poder familiar é concedido em razão da guarda ou da custódia dos filhos”.

⁴⁸ Parágrafo único do art. 1.690 do Código Civil e art. 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nesta linha de raciocínio disciplina Conrado Paulino da Rosa⁴⁹, ao aduzir que “o dever de vigilância decorre do poder familiar, cabendo aos pais a direção da criação e da educação (art. 1.634, I, do CC e previsto também no Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 220)”.

Assim, vale reafirmar: *mesmo que o filho menor esteja sob a guarda de somente um dos pais* permanecem inalterados tanto o poder familiar, quanto a guarda jurídica⁵⁰. Portanto, o patrimônio de ambos os genitores, e não só do genitor guardião, deve responder pelos danos causados pelos filhos^{51/52}.

Desta maneira o autor em apreço arremata, informando que para que os pais sejam responsabilizados pelos danos causados por seus filhos menores, são necessários de apenas dois requisitos: a menoridade e o fato de os filhos estarem sob o seu poder ou autoridade⁵³.

Embora compartilhemos da posição esposada, reconhecemos que a mesma não é unânime na doutrina, em razão do preconizado pelo art. 932, I (antigo 1.521) do Código Civil⁵⁴.

A responsabilidade dos pais, segundo esta outra corrente, decorreria da vigilância que decorre da guarda (culpa *in vigilan-*

⁴⁹ Conrado Paulino da Rosa, *in* artigo citado, p. 59 e 60.

⁵⁰ Art. 1.589 do Código Civil.

⁵¹ Os arts. 1.635, 1.637 e parágrafo único e art. 1.638 do Código Civil.

⁵² Leciona Ana Florinda Dantas, *in* obra citada, p. 141, que: “A perda também é denominada na doutrina de destituição, não havendo, também, unanimidade acerca dos seus efeitos: para uns a perda é definitiva, enquanto para outros ela pode ser revertida.

Entendemos que o nosso ordenamento distingue a perda da extinção, discriminando expressamente, no art. 1.635, as hipóteses de extinção, pelo que somente as últimas são irreversíveis. A perda se distingue da suspensão não pelo fato de ser uma definitiva e a outra temporária, mas por abranger necessariamente o exercício de todos os direitos inerentes ao poder familiar, quando a suspensão pode abranger apenas parte deles.

A perda também apresenta uma graduação para mais em relação à suspensão, cabendo nos casos mais graves de descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar. Finalmente, a suspensão deve ser aplicada por prazo determinando, enquanto a perda não requer uma limitação temporal”.

⁵³ Conrado P. da Rosa, citando Mário Moacyr Porto. “Responsabilidade dos pais pelos danos causados pelos filhos”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 555, p. 14, jan. 1982, *in* artigo citado, p. 60, afirma: “O poder familiar não é fonte de responsabilidade civil, mas a ação ou omissão em relação aos deveres a ele inerentes pode ser”.

⁵⁴ Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia.

do) e não do poder familiar, e a reparação do dano, por conseguinte, caberia aos genitores enquanto titulares da guarda.

José Antônio de Paula Santos Neto⁵⁵, citado por Silvana Maria Carbonera, esclarece que examinando o (antigo) art. 1.521, I, do Código Civil brasileiro, “[...] é de se entender que só poderão ser responsabilizados e demandados aqueles genitores que forem detentores da guarda. Nada mais natural, pois decorre da guarda o dever de vigilância do guardião em relação ao filho”.

Ressalva ainda o autor: “[...] não poderá ser responsabilizado o genitor que, embora conservando o pátrio poder, não exerça a guarda. Salvo se o menor estiver exclusivamente sob sua responsabilidade e vigilância [...]. Nesse caso, equiparar-se-á ao guardião o genitor incumbido da vigilância imediata”.

Sergio Cavaleiri Filho⁵⁶, em sua preciosa obra, afirma: “[...] Observe-se, todavia, que os pais só são responsáveis pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia [...]”. Explica, por fim, que “ter o filho sob sua autoridade e em sua companhia significa tê-lo sob o mesmo teto, de modo a possibilitar o poder de direção dos pais sobre o menor e a sua eficiente vigilância”.

Aduz ainda que: “no caso de os pais estarem separados, um deles ausente ou interdito, a responsabilidade será daquele (pai ou mãe) que tem o filho sob sua posse e guarda, que exerce sobre ele o poder de direção”.

Esse também é o pensamento de Carlos Roberto Gonçalves⁵⁷ que afirma: “[...] se sob a guarda e em companhia da mãe se encontra o filho por força de separação judicial, responde esta, e não o pai”. E traz à colação o excerto que se segue:

“Indenização. Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Veículo dirigido por menor. Ilegitimidade passiva do pai que não tem poderes de vigilância sobre ele, por deferida a guarda à

⁵⁵ Silvana Maria Carbonera. Obra citada, p. 94.

⁵⁶ Sergio Cavaleiri Filho. **Programa de Responsabilidade Civil**, p. 191 e 192. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁵⁷ Carlos Roberto Gonçalves. **Direito Civil Brasileiro**, v. IV, p. 104 e 105. São Paulo: Saraiva, 2007.

própria mãe. Hipótese em que não se há de falar em culpa in vigilando. Exclusão do pai. Recurso provido para esse fim”⁵⁸.

Entendo, contudo, que a presente divergência deva arrefecer, ao menos quando se tratar de guarda compartilhada, eis que esta, conforme já dito, implica, dentre outros aspectos relevantes, *a responsabilidade conjunta dos pais*⁵⁹, *não importando qual genitor irá morar com o menor.*

7. ALIMENTOS NA GUARDA COMPARTILHADA

A Lei nº. 11.698, que alterou a redação dos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, não fez nenhuma alusão aos alimentos⁶⁰ devidos pelo genitor não guardião na guarda compartilhada. Não vemos, portanto, razão para qualquer discussão, até porque neste modelo de guarda, ao contrário da guarda alternada (ou pendular), o filho continuará a residir somente com um dos pais.

Dessarte, permanece a obrigação alimentar^{61/62} do genitor não guardião, do mesmo modo que se dá na guarda unilateral.

⁵⁸ RJTJSP, 54/182. No mesmo sentido: TJSP, 6ª câm., Agl 272.833-SP, Rel. Des. César de Moraes, j. 31-08-1978, v.u.

⁵⁹ Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. Parágrafo 1º[...] por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

⁶⁰ Apontou a propósito Luiz Edson Fachin: “Numa das definições possíveis, alimentos são prestações para a satisfação das necessidades de quem não pode provê-las por si [...]”. “[...] Na exegese estrita da expressão “necessidades vitais”, há uma idéia inexata do Juízo de necessidade. É vital, sim, sugerir o que nem sempre está no conteúdo dos alimentos. Não é possível viver dignamente sem a educação, mesmo que se possa sem ela subsistir. É reticente adjetivar a necessidade como sendo vital, pois há necessidades que são vitais para a sobrevivência, só que não do ponto de vista biológico, mas que devem estar contidas, o quanto possível, na prestação alimentícia. A educação, na formação e na realização do indivíduo como ser social, é fundamental, mesmo que não seja vital no sentido estrito”. Luiz Edson Fachin. *Curso de direito civil. Elementos críticos do direito de família*, coordenador Ricardo Pereira Lira, p. 268 e 269. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

⁶¹ Oportuno lembrar que a obrigação alimentar não é sanção aplicada ao cônjuge não guardião, e sim solidariedade humana. Neste sentido, Arnaldo Rizzardo: “Natureza da obrigação alimentar: Funda-se o dever de prestar alimentos na solidariedade humana e econômica que deve imperar entre os membros da família ou os parentes. Há um dever legal de mútuo auxílio familiar, transformado em norma, ou mandamento jurídico”. (Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: ...III - Mútua assistência. IV - Sustento, guarda e educação dos filhos.) *Direito de família*, p. 717. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

⁶² A propósito, consoante lição de Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes: “Partindo da hipótese de que os alimentos tenham sido fixados na sentença prolatada pelo juízo da comarca X

8. VISITAÇÃO NA GUARDA COMPARTILHADA

Aqui, também, não houve alteração alguma, embora sejamos muito questionados sobre as mudanças nas regras de alimentos e visitação na guarda compartilhada, e estas dúvidas dão-se em razão de os genitores, em sua grande maioria, confundirem guarda compartilhada com alternada, onde o filho, conforme já dito, convive um determinado período com o pai e outro com a mãe, dispensando, assim, a visitação, o que não ocorre na guarda compartilhada, onde a criança só convive com um dos genitores.

Dessa maneira, os pais, em cuja guarda não estejam os filhos, poderão visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo acordar com o outro genitor, ou for fixado pelo juiz⁶³, *com observância ao melhor interesse e necessidade da criança e do adolescente* ^{64/65/66},

e que, no momento da propositura da ação de execução da obrigação alimentar, o credor alimentando tenha mudado sua residência para outra comarca, surge o confronto entre o disposto no art. 575, II e o art. 100, II, ambos do CPC. Diante de tal conflito de normas, tem prevalecido a regra do art. 100, II, CPC. Este é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção, CC, 2.933-7 - DF, Rel. Min. Waldemar Zveiter, 28/10/92, DJU 17/12/92, p. 24.206). *In Questões importantes de processo civil. Teoria geral do processo*, p. 61 e 62. Rio de Janeiro: Editora DP & A. 1999.

⁶³ Art. 1.589 do Código Civil.

⁶⁴ Sobre o melhor interesse da criança e do adolescente, expressão oriunda do direito anglo-saxão, *best interest of the child*, a preciosa lição de Ana Florinda Dantas, *in* obra citada, p. 127, 128 e 129: “Como ao interesse do menor podem ser atribuídos os mais diversos conteúdos, ele pode ora ser identificado com a possibilidade de uma melhor posição social, ora com o acesso a maior conforto material, e nem sempre são privilegiados os laços de natureza afetiva, além de não serem considerados também os interesses dos pais. É preciso ver ainda que, se considerarmos o interesse do menor sem levarmos em conta o interesse dos pais, podemos estar consagrando o individualismo exacerbado dos filhos nas relações familiares, quando a cooperação e a solidariedade são valores hoje mais exaltados nas relações familiares”.

Arremata dizendo: “Dentro desse contexto, embora entendamos que o melhor interesse do filho continue a ser um critério prioritário a ser levado em conta nas decisões judiciais acerca do poder familiar, também os interesse dos pais devem ser considerados, não em confronto com os interesses do filho, mas como interesse da família como grupo social, que é a base da sociedade por definição constitucional, na qual devem prevalecer as relações de cooperação, afeto e solidariedade, criando condições propícias para o desenvolvimento da sua pessoa”. No mesmo sentido, Gisele Groeninga, citada por Ana Florinda Dantas, sustenta: “o conceito do melhor interesse da criança tem a sua força e a sua fraqueza justamente na falta de conteúdo preciso, que permite ao Direito de Família adaptar-se para responder melhor às mudanças sociais, tomando emprestado das ideologias prevalentes a definição do que é o melhor para criança, e como devem ser os bons pais, devendo atentar-se para o fato de que o melhor interesse do filho não pode ser conflitante com o interesse de todos

que será alcançado por meio de uma abordagem interdisciplinar, com o auxílio da psicologia e do serviço social, dentre outros.

O ideal, no entanto, é que os genitores exerçam as suas autonomias na regulação de suas relações de intimidade e estabeleçam, de forma consensual, a guarda e a visitação de seus filhos, evitando, assim, a invasão do Estado no espaço privado familiar, o que é sempre ruim, pois a decisão, em regra, desagrada aos dois.

Cabe ressaltar que o art. 1.589 do Código Civil concede ao pai ou mãe em cuja guarda não estejam os filhos o direito de visitá-los e tê-los em sua companhia, tanto na guarda unilateral quanto na guarda compartilhada.

O parágrafo 3º do art. 1.583 do Código Civil, que revogou a parte final do art. 1.589 do estatuto em comento, tornando obrigatória a supervisão dos interesses dos filhos, só se aplica, por sua vez, na guarda unilateral.

A visitação poderá ser livre, vale dizer, sem regras, onde não são estipulados nem dias e nem horários para os encontros do visitador. Ou mínima, que consiste em visitas em finais de semana alternados⁶⁷.

os demais indivíduos que compõem a família”. Giselle Groeninga. “Do interesse à criança ao melhor interesse da criança - contribuições da mediação interdisciplinar”, *in Revista do Advogado*, nº 62/março 2001, p. 72 - 83.

⁶⁵ Ainda sobre o tema, Ronaldo Álvaro Lopes Martins: “É bem verdade que a noção do que seja “interesses das crianças” é conceito indeterminado, mas podemos dizer que há consenso mundial em torno de alguns aspectos, como está na Convenção Internacional dos Direitos das Crianças, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 28, de 14 de setembro de 1990 e promulgada pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990, publicado no DOU de 22.11.90, Seção I, p. 22.256. No documento citado, levou-se em consideração “que a infância tem direito a cuidados e assistência especiais...”, foi reconhecido “...que a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão”. Foi também tomado em conta que “a criança, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita de proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento”. Ronaldo Álvaro Lopes Martins. Artigo citado, p. 87.

⁶⁶ O codificador, nos incisos I, II e III do parágrafo 2º do art. 1.583 do Código Civil, elenca alguns aspectos como paradigmas para se alcançarem os melhores interesses da criança e do adolescente. O julgador certamente poderá apreciar outros fatores e condições, pois cada caso é um caso, e não existe fórmula pronta em direito de família.

⁶⁷ Flávio Guimarães Lauria. *A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança*, p. 84 - 85. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

Sabemos que o relacionamento da criança com ambos os pais é de fundamental importância para o seu pleno desenvolvimento; a visita está a serviço deste desenvolvimento sadio da personalidade da criança, e o seu descumprimento poderá causar danos na esfera psicológica (danos psíquicos), pois são inúmeros os estudos sobre a ausência paterna e materna.

A ausência da função paterna é um fenômeno social alarmante, que tem gerado, inclusive, o aumento da delinquência juvenil. E, nas mulheres, a ausência paterna pode proporcionar complicações na aquisição de feminilidade, dificultando, assim, a identificação feminina positiva nas meninas⁶⁸.

Muitos desses casos, dentre outros, oriundos dos abusos emocionais, poderiam ser evitados se estivéssemos acostumados com a prevenção, conforme ocorre na área da saúde (medicina preventiva), se nos fosse possível uma estrutura em que psicólogos e assistentes sociais atuassem como agentes de prevenção, orientando e ensinando aos pais que o fim da conjugalidade (ou união) não é o fim da parentalidade.

9. DO DIREITO DE FIXAR A RESIDÊNCIA DOS FILHOS NA GUARDA COMPARTILHADA

O já citado magistrado fluminense Ronaldo Álvaro Lopes Martins⁶⁹, em seu excelente artigo escrito no ano de 2005, entende, de acordo com a nota de rodapé de nº. 42, que seria bizantina qualquer proposta de introdução, em nosso ordenamento jurídico, do conceito de guarda compartilhada para que os pais possam decidir de comum acordo os interesses dos filhos.

Justifica - e fundamenta - o seu posicionamento aduzindo que o instituto da guarda compartilhada só faz sentido em outros países nos quais se discute a quem caberá o exercício da autoridade parental, que corresponderia ao nosso poder familiar, em caso de separação⁷⁰.

⁶⁸ Flavio Guimarães Lauria, citando Sérgio Eduardo Nick, *in* obra citada, p. 152.

⁶⁹ Ronaldo Álvaro Lopes Martins, *in* artigo citado, p. 96 - 97.

⁷⁰ Ronaldo Lopes Martins, exemplifica com o art. 1.906 do Código Civil Português que, “a ausência de acordo dos pais, deve o tribunal, através de decisão fundamentada, determinar que o poder parental seja exercido pelo progenitor a quem o filho for confiado”. *In* artigo citado, p. 96.

Acrescenta dizendo que em nossa legislação, mesmo separados, os pais continuam a exercer autoridade sobre os filhos menores, ao contrário de outras legislações em que o poder familiar pertence àquele a quem for confiada a guarda ou custódia do filho.

Oportuno, em razão da eloquência, descrever parte de seu pensamento:

“Durante o casamento a guarda dos filhos não é compartilhada, mas comum a ambos os cônjuges, e essa circunstância deve continuar existindo com a separação do casal, esteja o filho residindo com qualquer um deles, porque a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos (art. 1.632 C.C.).

Se vivendo filhos e pais sob o mesmo teto a guarda é comum, e as decisões a respeito dos filhos são tomadas de comum acordo, para que assim continue a guarda a ser exercida depois de separados, não se torna necessário dizer que a guarda será compartilhada, conjunta, alternada, dividida ou adjetivada por outros qualificativos.

O grande equívoco, a nosso ver, é apenas dizer-se que a guarda será exercida por um dos pais”⁷¹.

Em síntese, o referido autor aponta uma diferença entre ter a companhia do filho e ter a guarda deste. A separação do casal, segundo ele, apenas altera as oportunidades para que um dos genitores tenha a companhia dos filhos, por estarem residindo em imóveis distintos, mas não tem efeito quanto ao exercício da guarda, aspecto inerente ao poder familiar que não sofre restrições a não ser quanto às oportunidades de estarem juntos, pais e filhos. Ou seja, a guarda dos filhos de pais separados sempre pertencerá a ambos os genitores⁷².

⁷¹ Ronaldo Lopes Martins. In artigo citado, p. 97.

⁷² Ronaldo Lopes Martins. In artigo citado, p. 98 e 99.

Assim, em que pese o pensamento esposado, que é lastreado pelo parágrafo único do art. 1.631, art. 1.632 e parágrafo único do art. 1.690, todos do Código Civil, e art. 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o fato é que o legislador, conforme já dito, não foi claro quanto aos limites de atuação do genitor não guardião. A ele restaria o direito de visitar, ter a companhia e, agora, a obrigação de supervisionar os interesses dos filhos, conforme dicção do parágrafo 3º do art. 1.583 e art. 1.589, ambos do Código Civil, embora, de fato, lhe seja sempre facultado o direito de recorrer ao Judiciário quando entender necessário questionar a forma da condução do cuidado e da educação dirigidos ao filho por parte do genitor guardião.

O parágrafo 3º do art. 1.583 e o art. 1.589, ambos do Código Civil, indicam que haveria na guarda unilateral uma desigualdade, pelo menos em alguns aspectos, dos poderes descritos no art. 1.634 do Código Civil entre o pai e a mãe em cuja guarda não estejam os filhos, ou seja, o genitor não guardião suportaria uma redução nas atribuições que originariamente tinha quando do exercício conjunto da guarda.

E isto porque, a nosso sentir, o legislador assim o quis, ao dizer que cabe ao genitor não guardião o direito de visitar os filhos e tê-los em sua companhia, bem como a obrigação de supervisionar os seus interesses (parágrafo 3º do art. 1.583 e art. 1.589, ambos do Código Civil).

Entendemos que, a quem cabe o dever de fiscalizar ou supervisionar (genitor não guardião) não cabe o dever de realizar, praticar, executar. Portanto, o dever de executar, praticar, realizar, ou seja, o de exercer *todos* os poderes decorrentes do poder familiar caberia ao genitor guardião, por expressa determinação legal.

Oportuno, neste sentido, a digressão que se segue:

“Após a redistribuição de papéis operada pela guarda, incumbe ao genitor guardião dar continuidade a todas as atribuições da autoridade parental, uma vez que, a seu respeito, pouco foi alterado. Quanto ao genitor não guardião, ocorre uma redução significativa nas atribuições que origi-

nariamente tinha quando do exercício conjunto da mesma. Entretanto, determinados aspectos da autoridade parental não sofrem qualquer alteração diante da atribuição exclusiva da guarda, emancipação e da adoção. São situações cujo resultado afetam-na diretamente, provocando sua extinção, razão pela qual seu exercício é sempre conjunto. Quanto aos demais poderes, o exercício conjunto da autoridade parental persiste, mas os poderes que passarão a deter cada um dos genitores são desiguais. Enquanto o genitor que detém a guarda mantém o filho junto de si, para educá-lo, mantê-lo e protegê-lo, o genitor não guardião tem os direitos de visita, de fiscalização e de companhia, perfeitamente assegurados pelo texto legal”⁷³.

E, segundo Orlando Gomes⁷⁴, conforme já dito em página anterior, decorre do direito de ter o filho consigo o direito de fixar seu domicílio e residência, de forma que seja possível organizar a vida comum que se desenvolverá entre ambos. Contudo, não tem tal direito caráter absoluto, posto que está condicionado ao interesse maior do filho.

Podemos concluir que na guarda unilateral, e somente nesta, por força de dispositivo de lei (parágrafo 3º do art. 1.583 do Código Civil), há uma desigualdade dos poderes entre o genitor guardião e o não guardião.

Em suma, na guarda unilateral caberá ao genitor guardião a escolha do domicílio dos filhos, desde que resguardados os superiores interesses destes e que aquele não se oriente por motivações mesquinas, com o manifesto propósito de afastar a presença do genitor não guardião, sob pena de incorrer tal hipótese em abuso de direito⁷⁵.

No sentido do exposto, o excerto que se segue:

“Guarda de filho. Casal separado. Filho na companhia da mãe. Direito de visitas do pai. Mudança de domicílio da mãe

⁷³ Silvana Maria Carbonera, citando Eduardo de Oliveira Leite. *In obra citada*, p. 85.

⁷⁴ Orlando Gomes. *Obra citada*, p. 395.

⁷⁵ Art. 187 do Código Civil.

para o exterior. Irrelevância. Embora para o exterior, a mudança de domicílio da mulher separada, ou divorciada, que tenha a guarda do filho, não constitui impedimento juridicamente considerável ao exercício do direito (rectius, dever) paterno de visitas, e, por conseguinte, a menos que importe reflexos nocivos à guarda, não é razão para modificá-la". (Revista de Jurisprudência do TJ do RS, 143/224)

"Família. Suprimento judicial onde a autora requer autorização para viajar com as filhas, sendo uma delas menor, para morar na França enquanto durar seu curso de especialização em psiquiatria. Ocorre que o pai das meninas não aceita tal mudança, ainda que seja a mãe quem detém a guarda das filhas". "[...] Não estamos insensíveis para a perplexidade que pode gerar na pessoa do pai o fato de se impor, por razões relevantes, o afastamento dos filhos. Todavia, essa circunstância constitui um desdobramento possível e que precisa ser enfrentado com ponderação diante da realidade que a separação impõe aos casais. Dentro da liberdade que se confere ao Juiz para investigar os fatos e não estando ele desobrigado de observar o critério de legalidade estrita, conforme preceituado no art. 1.109 do CPC, entendemos que no caso em tela existe um aspecto de suma relevância a sinalizar para a concessão da providência judicial pleiteada. É que o pai da menor Carolina, ao oferecer resistência à pretensão inicial, não apresentou qualquer queixa contra a ex-esposa no que tange ao seu convívio com as filhas e, também, quanto à necessidade de extinguir-se a guarda da menor. É intuitivo, pois, que o convívio da mãe com as filhas é bom e produtor, sendo certo que a necessidade de viagem para o exterior implicaria em uma intolerável cisão do relacionamento entre as irmãs. Apelo improvido". (TJERJ. Apelação cível - nº 2005.001.50726, Des. Celso Ferreira Filho - julgamento: 15/02/2006 - 15ª Câmara Cível).

Tal fato, entretanto, não poderá ocorrer na guarda compartilhada, em que não há a igualdade de poderes entre pai e mãe que não vivam sob o mesmo teto, ou seja, o genitor não guardião

não fica circunscrito à obrigação de supervisionar os interesses do filho. Nesta hipótese, ocorre um prolongamento do exercício conjunto da autoridade parental, ao contrário da atribuição exclusiva verificada na guarda unilateral⁷⁶.

Oportuna a digressão que se segue:

“Guarda. Visitação. Modificação. Mudança de residência para outro estado. A Agravante pretende rever a decisão pela qual a juíza a quo, usando do seu poder de cautela, que, aliás, se acentua muito na área de família, mormente quando envolve interesse de menores, ao contrário, manteve as crianças com o pai e deferiu à mãe um regime de visitação semanal, nos finais de semana. Desta decisão é que veio este agravo. A agravante tem todo o direito de procurar novas oportunidades de emprego, mas ao fazê-lo deveria atentar para o fato de que tem dois filhos menores, está separada, ajustou a guarda compartilhada e que não tem um direito maior do que o do pai das crianças em tê-los consigo. Agravado e Agravante têm idênticos direitos e obrigações em relação aos filhos. A Lei não privilegia um em detrimento do outro. Por isso parte-se para o que é melhor para as crianças. Esta a visão moderna do direito de família quando se discute posse e guarda de filhos. No caso concreto, o pouco que se apresenta até o momento deixa para esta relatoria a certeza da sensatez da decisão agravada. Não há nenhum relato sério desabonador da conduta paterna. Ao contrário, há elementos que indicam ser ele um pai cuidadoso, sempre presente na vida dos filhos, ao contrário da mãe. [...]” “[...] o laudo provisório da perita psicóloga sugere a manutenção do convívio dos filhos com a mãe, que por óbvio não está impedida de tê-los e de vê-los, mas indica o preparo dos menores para que sejam transferidos para São Paulo, se esta for a decisão judicial. Desta forma, se conclui que é possível, mas não se sabe, se estariam bem com a mãe em São

⁷⁶ Silvana Maria Carbonera. Obra citada, p. 150.

Paulo. Portanto, neste momento, considerando o princípio do melhor interesse das crianças e, certo do que o convívio materno não restará obstaculizado, é que se impõe a manutenção da decisão agravada. Recurso desprovido nos termos do voto do Desembargador Relator". G.N. (TJERJ. Agravo de instrumento nº. 2008.002.05052, Des. Ricardo Rodrigues Cardozo - Julgamento: 24/04/2008 - 15ª Câmara Cível).

Conclui-se, desta maneira, que na guarda compartilhada a escolha do domicílio, bem como de médicos, religião, colégios e outras decisões importantes para o filho não depende da vontade exclusiva do genitor guardião; também é necessária a participação do genitor não guardião.

10. DAS SANÇÕES PELO DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULAS PACTUADAS NA GUARDA COMPARTILHADA

O parágrafo 1º do Art. 1.584 do Código Civil informa que o juiz poderá aplicar sanções pelo *descumprimento* de cláusulas pactuadas na guarda compartilhada. E o parágrafo 4º do mesmo artigo acrescenta, por sua vez, que a alteração não autorizada ou o descumprimento *imotivado* de cláusula de guarda, *unilateral* ou *compartilhada*, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

O que se depreende, portanto, é que o descumprimento das cláusulas pactuadas na guarda compartilhada (parágrafo 1º do art. 1.584 do CC) terá que ser, evidentemente, imotivado para gerar sanções, conforme preceitua o parágrafo 4º do art. 1.584 do CC.

Extrai-se, ainda, que o codificador *exemplifica*, no parágrafo 4º do art. 1.584 do CC, o tipo de sanção que poderá ser aplicada ocorrendo a hipótese prevista no parágrafo 1º do mesmo artigo. Não está o julgador, portanto, adstrito a esta modalidade de punição trazida pelo legislador, pensamento que vale para o caso de descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada.

De modo que, havendo descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá o juiz aplicar,

além da sanção indicada no parágrafo 4º do art. 1.584 do Código Civil (a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor), outras modalidades que tenham como objetivo dar efetividade as decisões judiciais, que é questão de ordem pública, sempre salvaguardando os melhores interesses da criança.

Neste contexto, o juiz poderá determinar, como forma de sanção, a busca e apreensão, inversão de guarda, suspensão e destituição do poder familiar e multa cominatória - *astreintes*.

No que atine a busca e apreensão, importante lembrar que todos os esforços devem ser envidados para procurar resguardar o filho desta medida extrema, pois os prejuízos psíquicos dela advindos podem se mostrar superiores ao bem que se pretende proteger⁷⁷.

Ignorar essas advertências implica em negar vigência ao art. 227 da Constituição da República⁷⁸ e ao art. 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁷⁹.

Já no que diz respeito ao preceito cominatório de obrigação de fazer, como instrumento de efetividade do processo, vejo como medida adequada e idônea, uma vez que dirigida à parte recalcitrante em cumprir determinada ordem judicial, desde que não se transforme em mecanismo de enriquecimento.

Bastante oportuna a transcrição feita por Flávio Guimarães Lauria⁸⁰ da lição de Piero Perlingieri:

“Os interesses e os valores que emergem das normas constitucionais são, de um ponto de vista substancial, jurídica-

⁷⁷ Flávio Guimarães Lauria, *in* obra citada, p.100 - 101.

⁷⁸ Gustavo Binenbojm. *Uma Teoria do Direito Administrativo, direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, p. 61 - 66 e 67. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006: Com a *constitucionalização do direito*, a Constituição, agora preocupada com os direitos humanos e com a efetivação das promessas do texto magno, deixa de ser uma proclamação retórica de valores e diretrizes políticas e passa a incorporar de fato ao dia a dia dos tribunais, sendo invocada com grande frequência pelas partes e aplicada diretamente pelos juízes de todas as instâncias na resolução de litígios públicos e privados.

⁷⁹ Art. 18 do ECA: É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

⁸⁰ Flávio Guimarães Lauria, *in* obra citada, p.134.

mente relevantes. É necessário verificar se o aparato, mesmo processual, é adequado a esta escolha. Das duas, uma: ou se tenta individuar, no âmbito do sistema, técnicas que, apesar de terem surgido por razões diversas, sejam idôneas para a tutela destes valores, ou se deve afirmar com decisão que o sistema processual não é legítimo constitucionalmente, porque não consegue tutelar interesses primários, constitucionalmente relevantes”⁸¹.

11. COMPETÊNCIA PARA AS AÇÕES DE GUARDA COMPARTILHADA

Em primeiro lugar, para definir-se a competência do órgão jurisdicional para apreciar o pedido de guarda, impõe-se analisar o fundamento da pretensão. Se a *causa petendi* disser respeito a qualquer das hipóteses do art. 98 do ECA, a competência material será do Juízo da Infância e da Juventude. Do contrário, não se embasando o pedido de guarda naquelas hipóteses, a competência será do Juízo da Vara de Família, nos termos do art. 85 do CODJERJ⁸².

Por fim, quanto à competência territorial do Juízo da Vara de Família, aplica-se o art. 147, I da Lei 8.069/90, consoante o julgado do STJ que se segue:

“PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO POSITIVO. AÇÕES DE REVISÃO DE ACORDO JUDICIAL DE SEPARAÇÃO DO CASAL E DE GUARDA DA FILHA. CONEXÃO. PREVENÇÃO. GUARDA COMPARTILHADA. PLURALIDADE DE DOMICÍLIOS. INEXISTÊNCIA. LOCAL ONDE REGULARMENTE EXERCE. PRESERVAÇÃO DO INTERESSE DA MENOR. LEI Nº. 8.069/1990, ART. 147. PRECEDENTE.

I. A guarda, ainda que compartilhada, não induz à existência de mais de um domicílio acaso os pais residam em localidades diferentes, devendo ser observada a prevenção do Juízo que homologou a separação do casal, mediante acordo.

II. Preserva os interesses do menor o foro do local onde exercia regularmente a guarda para dirimir os litígios dela

⁸¹ Pietro Perlingieri, *Perfis do Direito Civil*, p. 156-157.

⁸² Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes, *in obra citada*, p. 78.

decorrentes (Lei nº. 8.069/90, art. 147, I). Precedente.
III. Conflito conhecido, para declarar competente o Juízo da
11ª Vara de Família e Registro Civil de Recife, PE”.
(STJ - Conflito de Competência - CC 40719/PE (2003/0201570-9) - Min. Aldir Passarinho Júnior - S2 - SEGUNDA SEÇÃO, data da publicação: DJ 06/06/2005, p.176).

12. CONCLUSÃO

Em considerações finais, podemos dizer que a guarda compartilhada é um instituto cujo regramento legal é recente e, por isso, ainda demandará a definição de seus contornos e pressupostos à reflexão doutrinária e, principalmente, jurisprudencial.

Neste contexto, pretendemos ter dado uma contribuição a este objetivo, trazendo temas que são objeto de questionamentos em nossa rotina de trabalho nos Juízos de família. 